

Studio Legale Mantini

Milano, tel. 02.867986

segreteria@studiolegalemantini.it

A cura di

Prof. Avv. Pierluigi Mantini

Avv. Fabrizio Esposito

A.N.F.P.

Convegno di studi

Roma, 29.10.2019

Centro Congressi Cavour

Gli appalti pubblici dopo la legge *Sblocca Cantieri*

(Corradino M., Franco Angeli 2019)

Le finalità della riforma 2019

“rilanciare gli investimenti pubblici e facilitare l’apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche”

[art. 1 recante «modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell’efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare»]

Le sospensioni disposte fino al 31.12.2020

i) L'AGGREGAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI:

Articolo 37 comma 4 per i Comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalità ivi indicate: «se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56»

Le sospensioni disposte fino al 31.12.2020

ii) IL RITORNO DELL'APPALTO INTEGRATO

Articolo 59 comma 1 quarto periodo nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori [«è vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1 comma 2, lettera e)»];

Le sospensioni disposte fino al 31.12.2020

iii) SOSPENSIONE ALBO COMMISSARI ANAC

Articolo 77 comma 3 quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Il regime dei settori speciali applicato a quelli ordinari fino al 31.12.2020: PRIMA SI APRE L'OFFERTA, POI I REQUISITI

Fino al 31 dicembre 2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133 comma 8 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 per i settori speciali *[«nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice»]*.

Progettazione ed esecuzione dei lavori: si inizia anche senza le risorse per l'esecuzione

Per gli anni 2019 e 2020 i soggetti attuatori di opere per le quali deve essere realizzata la progettazione possono avviare le relative procedure di affidamento anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione. Le opere la cui progettazione è stata realizzata ai sensi del periodo precedente sono considerate prioritariamente ai fini dell'assegnazione dei finanziamenti per la loro realizzazione (cfr. art. 1 co. 4 l. 55/2019).

I soggetti attuatori di opere sono autorizzati ad avviare le procedure di affidamento della progettazione o dell'esecuzione dei lavori nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate agli stessi e finalizzate all'opera con provvedimento legislativo o amministrativo (cfr. art. 1 co. 5 l. 55/2019).

La manutenzione “*leggera*” senza il progetto esecutivo

Per gli anni 2019 e 2020, i contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. L'esecuzione dei predetti lavori può prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo.

Si depotenzia o si semplifica il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici

Parere obbligatorio da 50 a 75 milioni, da 90 a 45 giorni

Fino al 31 dicembre 2020, i limiti di importo di cui all'articolo 215, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'espressione del parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici, anche ai fini dell'eventuale esercizio delle competenze alternative e dei casi di particolare rilevanza e complessità, sono elevati da 50 a 75 milioni di euro. Per importi inferiori a 75 milioni di euro il parere è espresso dai comitati tecnici amministrativi presso i provveditorati interregionali per le opere pubbliche (cfr. art. 1 co. 7 l. 55/2019).

Fino alla data di cui al comma 7 il termine di cui all'articolo 215, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'espressione del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, è ridotto a quarantacinque giorni dalla trasmissione del progetto (cfr. art. 1 co. 8 l. 55/2019).

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, in sede di espressione di parere, fornisce anche la valutazione di congruità del costo. Le amministrazioni, in sede di approvazione dei progetti definitivi o di assegnazione delle risorse, indipendentemente dal valore del progetto, possono richiedere al Consiglio la valutazione di congruità del costo, che è resa entro trenta giorni. Decorso il detto termine, le amministrazioni richiedenti possono comunque procedere (cfr. art. 1 co. 9 l. 55/2019).

Il ritorno del Regolamento Unico di attuazione del Codice Appalti

Il nuovo comma 27 *octies* dell'art. 216 del Codice prevede un elenco, indicativo e non esclusivo, delle materie in cui interverrà il Regolamento Unico:

- a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;
- c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali;
- d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie;
- e) direzione dei lavori e dell'esecuzione;
- f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali;
- g) collaudo e verifica di conformità;
- h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici;
- i) lavori riguardanti i beni culturali.

Il Regolamento al posto della *soft law* delle Linee Guida

Alla data di emanazione del Regolamento (“entro 180 giorni”) saranno abrogati gli atti, i bandi-tipo, le linee guida ANAC previsti dall’art. 213 co. 2.

Fino a quella data, sono “congelate” le linee guida vigenti (v. art. 216 co. 27 *octies*)

Articolo 35

Stop all'artificiosa suddivisione in lotti ai fini del calcolo del valore della soglia

Sia per i lavori che per i servizi e le forniture, con l'eliminazione dell'avverbio “*contemporaneamente*”, il legislatore ha inteso inserire l'obbligo di computare il valore complessivo dei lotti (e non quello del singolo lotto) per stabilire le procedure di gara da seguire anche quando i singoli lotti non vengono aggiudicati “*contemporaneamente*”.

Articolo 36: le nuove soglie_1

Lavori, servizi e forniture:

(i) **affidamento diretto**, dai 40.000 ai **150.000** euro, «*previa valutazione di **tre** preventivi, ove esistenti, per i lavori, e ... (soglie di cui all'art. 35) ... per i servizi e le forniture, di almeno **cinque** operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*» [art. 36, comma 2, lett. b)];

Solo lavori:

(ii) **procedura negoziata**: «*per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro ... previa consultazione, ove esistenti, di almeno **dieci** operatori economici ...*» [art. 36, comma 2, lett. c)] e «*per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro ... previa consultazione, ove esistenti, di almeno **quindici** operatori economici ...*» [art. 36, comma 2, lett. c-bis)].

Articolo 36: le nuove soglie_2

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

Articolo 36

Il ritorno del massimo ribasso sottosoglia

Il criterio del prezzo più basso - ritenuto fino ad oggi criterio eccezionale rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa - diventa criterio principale fino alle soglie di cui all'art. 35 «... *le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*» (v. art. **36** co. 9 *bis*).

Articolo 47

Non è subappalto

l'affidamento infragruppo nei consorzi stabili

È stata ridisegnata la norma sui consorzi stabili, con la previsione che la possibile assegnazione a imprese del consorzio non configura subappalto.

La novella ci pare allineata a quella giurisprudenza ormai costante nel ritenere il Consorzio stabile sia un soggetto giuridico autonomo, astrattamente idoneo ad *“operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto”* (cfr. Cons. St. Sez. V 4 febbraio 2019 n. 865 e Cons. St. Sez. III 16.04.2019 n. 2493).

Articolo 80

Le esclusioni e i nodi irrisolti

c) la Stazione Appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della Stazione Appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la Stazione Appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa;

c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (v. l. 55/2019)

Con sentenza passata in giudicato o no?

Gli illeciti Antitrust comportano l'esclusione?

Articolo 84

**Ampliamento degli anni di riferimento per la
dimostrazione dei requisiti tecnico-economici:
da 10 a 15 anni**

Una modifica giusta che tiene conto degli effetti della crisi e non altera la concorrenza.

Articolo 97

Un nuovo calcolo delle offerte anomale

Completamente rivisto è l'art. 97 che ha sostituito i precedenti 5 metodi di calcolo da individuarsi previo sorteggio pubblico, con un sistema duale applicabile se il numero delle offerte ammesse è almeno pari o superiore a 5 [comma 3 *bis*].

Sono previsti, infatti, due soli calcoli per la soglia di anomalia: il primo, nel caso in cui le offerte ammesse siano pari o superiori a 15 e il secondo, nel caso opposto (inferiori a 15).

Inoltre, nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il calcolo di cui al comma 3 (i 4/5) è effettuato solo *“ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre”*.

Non altrettanto chiari appaiono, i criteri di cui ai commi 2 e 2 *bis* ai quali *“il RUP o la commissione giudicatrice”* dovranno fare riferimento a seconda che, ferma restando la scelta di aggiudicazione della gara secondo il criterio del prezzo più basso, le offerte siano pari o superiori a 15 (comma 2) ovvero inferiori (comma 2 *bis*).

Articolo 105

Subappalto: dal 30 al 40% (passando per il 50)

Come noto, la regola generale del Codice è quella del limite del 30 per cento delle prestazione subappaltabili.

Tuttavia, la Legge 55/2019 ha previsto che, fino al 31 dicembre 2020, il limite, in luogo del 50 per cento del Decreto 32/2019, aumenti fino al **40 per cento** del valore complessivo dell'appalto, lasciando (sempre) scegliere alle Stazioni Appaltanti la (più bassa) percentuale esatta.

In sintesi, oggi il ricorso al subappalto è quindi permesso fino alla quota del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, salvo un limite inferiore previsto dal singolo bando.

È permessa alle Stazioni Appaltanti la previsione di limiti inferiori al 40% per le prestazioni subappaltabili, a condizione che venga dimostrata la natura peculiare delle prestazioni da affidare in appalto.

Articolo 105

Sospesa la terna dei subappaltatori

Fino al 31 dicembre 2020, sono sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 (obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in gara) e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174 (indicazione della terna dei subappaltatori in caso di concessioni), nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo Codice, riferite al subappaltatore (dato che il medesimo non è più indicato prima della fase esecutiva).

Quindi, non vige più, sempre fino al 31 dicembre 2020, l'obbligo per l'offerente di dimostrare l'assenza, in capo ai subappaltatori, di motivi di esclusione, e non può essere applicato il correlato motivo di esclusione - ai sensi dell'art. 80 del Codice - per il caso di mancato possesso dei requisiti da parte del subappaltatore indicato.

Resta fermo, tuttavia, l'obbligo di dimostrare i requisiti di moralità *ex* art. 80, anche in capo al subappaltatore, nel momento in cui si richiede l'autorizzazione al subappalto.

Articolo 105

Inadempimento nei confronti del subappaltatore come causa di esclusione

Sempre in materia di subappalto, è prevista adesso tra le cause di esclusione anche il grave inadempimento nei confronti del subappaltatore, se riconosciuto con sentenza passata in giudicato.

Viene, infatti, inserita la nuova lettera *c-quater*) al comma 5 dell'art. 80, laddove si prevede l'esclusione dell'operatore economico che *“abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato”*.

La nuova norma prevede pertanto un ampio potere discrezionale delle stazioni appaltanti, data l'estrema genericità della locuzione *“grave inadempimento”* seppur temperato dal suo riconoscimento ovvero accertamento *«con sentenza passata in giudicato»*.

Uno sguardo al Codice del processo amministrativo

A seguito del Decreto 32/2019 e della relativa legge di conversione, è stato eliminato il comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. secondo cui *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29 comma 1 del Codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016 n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”*.

La norma del Codice del 2016 aveva l'intento deflattivo del contenzioso che, in tema di requisiti, è pari a circa il 70% dei ricorsi.

Viene, dunque, ripristinato il regime di impugnazione degli atti di gara secondo il criterio dell'interesse al ricorso, non più temperato dall'interesse “potenziale” profilato nel 2016 dal legislatore in riforma del previgente Codice del 2006.

Resta, tuttavia, sullo sfondo la questione della impugnazione “*facoltativa*” del provvedimento di pubblicazione dei concorrenti ammessi alla procedura e l'affidamento all'istituto dei motivi aggiunti *ex art. 43 c.p.a.* degli atti successivi immediatamente lesivi, *id est* provvedimento di esclusione.